

Un nudo gordiano en la enseñanza del derecho. A propósito de la integración de la filosofía jurídica en la dogmática y en la práctica jurídicas*

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO**

I

Como estudiante de Derecho, primero en una universidad privada y facultad nocturna, y luego en una universidad pública y departamento diurno, vivencí (y, en cierto sentido, padecí) formas distintas de orientar la enseñanza del derecho pero caracterizadas, a su vez, por rasgos estructurales afines que también presentan muchas facultades de Derecho en los países de tradición romano-germánica.¹ Me refiero fundamental-

* Versiones anteriores de este ensayo se discutieron en varios eventos académicos: *III Congreso Iberoamericano de Filosofía* (Universidad de Antioquia-Sociedad de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, jul. de 2008), *VI Congreso del Capítulo Colombia de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Universidad del Cauca, oct. de 2007) y *VII Encuentro de la Red de Centros de Investigación Sociojurídica* (Medellín, sept. de 2007). Durante, en el marco o al margen de tales eventos, he sostenido un diálogo académico profundamente ilustrativo al respecto con los profesores Roberto Gargarella, Miguel Carbonell, Rodolfo Arango, Diego López Medina, Daniel Bonilla y Mauricio García Villegas. Conste aquí mi agradecimiento y la salvedad de que sólo al autor serán atribuibles los errores subsistentes.

** Profesor, Escuela de Ciencias y Humanidades, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

¹ A partir de la gran mayoría de contribuciones a las siguientes obras colectivas se demuestra que los vicios pedagógicos respecto al Derecho que se padecen y se han padecido en Colombia, son similares en muchos aspectos, y en los fundamentales, a los padecidos en otros países de dicha tradición: WITKER, Jorge (comp.), *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del Derecho*, México D. F., Porrúa, 1987; *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, 1995; BÖHMER, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa,

mente a los rasgos definitorios del formalismo jurídico, entendido como la interpretación y ajuste del positivismo jurídico europeo a nuestra forma particular de concebir y aplicar el derecho en el ámbito disciplinar y profesional, el cual puede describirse dentro del cometido planteado en este ensayo como un tipo de sensibilidad teórica legocéntrica que se caracteriza por la defensa de que los problemas jurídicos se resuelven, predominante o exclusivamente, mediante el análisis más o menos detallado de las leyes en la materia. Más que presuponer que el derecho se reduce a normas, concibe que sus manifestaciones se entienden, explican y enseñan por referencia a normas. El discurso jurídico es, entonces, un discurso sobre la fenomenología del derecho objetivado a través de normas.²

Sin ser de nuestro resorte la identificación rigurosa de los caracteres propios y distintivos, así como de los diversos significados que históricamente se le han conferido al concepto “positivismo”, conviene acudir a uno de los autores históricamente más representativos de este movimiento, Herbert L. A. Hart, para precisar siquiera las características del concepto. El jurista inglés identifica cinco: la pretensión de que (1) no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral; (2) el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es una tarea valiosa que debe además diferenciarse tanto de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas y sobre el derecho y otros fenómenos sociales, como de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales u otros; (3) las leyes son órdenes de seres

1999; COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001; LAPORTA, Francisco (comp.), *La enseñanza del derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, 2002; AA. VV., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, SELA, 2003, y COURTIS, Christian (comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, así como en CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, Madrid, Trotta, 2001; CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2006, y FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2002.

² BONILLA, Daniel, “Las clínicas de derecho de interés público”, en la ponencia inédita presentada en el Seminario Internacional *Nuevas tendencias en la enseñanza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 25 de enero de 2005; AGUILÓ, Joseph, “La Constitución como fuente del derecho”, en la ponencia inédita presentada en el *I Congreso Internacional de Teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 14 al 16 de marzo de 2002.

humanos (teoría imperativa de las normas); (4) un sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a proposiciones sociales, estándares morales o líneas de orientación, así como la pretensión de que (5) los juicios morales no pueden establecerse ni defenderse, como lo son los juicios de hecho, mediante argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías no cognoscitivistas).³

Sería un tanto inocuo plantear una descripción detallada y rigurosa que sustente la hegemonía que en nuestro medio (académico, judicial y político) ha tenido el formalismo como método de concebir el derecho y, por tanto, de interpretarlo y aplicarlo. Tal hegemonía ha ejercido igualmente un determinante influjo sobre las metodologías tradicionales de enseñanza del derecho en Colombia y países de latitudes cercanas. En sentido general, y en aras de la exposición, podríamos decir que el formalismo ha concebido, que la ley es igual al derecho y que exclusivamente por ésta se entiende y aplica; que existen respuestas únicas para todos los problemas que se le presentan a los jueces para su composición y que debe hallarlas en la fuente del derecho codificado; que la jurisprudencia y la doctrina sólo tienen fuerza auxiliar y en no todos los casos (descartando así la tesis optimista frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia), y que el juez ideal es el que no valora ni pondera porque el único facultado para crear derecho es el legislador. El

³ HART, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of the Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593 a 629. Este ensayo fue criticado por FULLER, Lon, “Positivism and the Fidelity to Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958. Para ilustrar un punto de partida del debate con un ejemplo conocido, durante el régimen nazi una señora denunció ante la temida Gestapo a su esposo por haber criticado el mando de Hitler en la guerra. El señor fue juzgado y sentenciado a muerte, pero se le conmutó la pena por algo que era casi una sentencia de muerte como era combatir en el frente ruso. Sobrevivió y denunció a su ex esposa quien, no obstante haber actuado bajo la ley vigente que prohibía criticar al Führer, fue juzgada y sentenciada por un tribunal de postguerra. Para Hart, la decisión de este tribunal es errónea porque el derecho nazi de 1934 era derecho válido en la medida en que satisfacía la “regla de reconocimiento”, mientras que Fuller sostenía que todo el régimen nazi era tan ilegal que nada en él podía contar como Derecho. Véase también sobre la cuestión positivista en HART, Juan Ramón de Páramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 341 y ss.

formalismo también sustenta la completitud, coherencia y claridad del ordenamiento jurídico, y concibe que la validez del procedimiento de expedición de las leyes y de la actuación judicial implican justicia, quedando por fuera del escenario de discusión, y naturalmente de enseñanza, cuestiones como la legitimidad moral y política del derecho, y respecto a las normas, su fundamentación filosófica, finalidad y propósitos políticos, viabilidad económica y el contexto sociocultural en el que rigen (eficacia).⁴ Respecto al sistema judicial colombiano, López Medina muestra que bajo el ropaje del positivismo jurídico, el formalismo lo aisló de las discusiones políticas que se desarrollaban en la época.⁵

De este puntual recuento del formalismo sólo me resta por mencionar que son numerosos y diversos los autores que pueden clasificarse como sus epígonos y defensores, pero a manera de ejemplo podríamos referirnos a Karl F. Savigny y la jurisprudencia conceptual o de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), a los miembros de la escuela francesa de la exégesis, y a los partidarios de la llamada ortodoxia clásica de Christopher C. Langdell, en Estados Unidos.⁶

De la interpretación, adopción y adecuación del formalismo positivista que se dio en Latinoamérica parece haber resultado especialmente mal librada la enseñanza del derecho. Pues bien se sabe y se ha padecido por más de una centuria el influjo que ha tenido la perspectiva formalista en los diseños de los planes de estudio, tanto por el excesivo protagonismo a las materias de derecho positivo –mientras que a otras áreas se les adjudica una participación significativamente menor– y las jerarquías

⁴ Sobre uno de los aspectos más relegados en nuestro medio, como es la influencia política en la composición de los planes de estudio jurídicos y para un análisis de la relevancia del Derecho Privado como centro de la enseñanza del derecho en Occidente, véase KENNEDY, Duncan, "The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum", en *Seton Hall Law Review*, nro. 14, 1983.

⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

⁶ No pretendo ser exhaustivo en esta exposición de la teoría formalista y sólo la desarrollaré en cuanto a la comprensión formalista del Derecho en lo relativo a su enseñanza. Sin embargo, puede serle útil al interesado el que, si bien la teoría formalista no es monolítica y existen marcadas diferencias entre las propuestas de sus representantes, estimo que la posición de Langdell contiene los elementos básicos comunes a las diferentes propuestas de tal escuela. Ver al respecto, GREY, Thomas C., "Langdell's Orthodoxy", en *University of Pittsburgh Law Review*, nro. 45, 1983.

que se perpetúan en las aulas, como por la adquisición de material bibliográfico, los requisitos para nombrar profesores y, en general, en la concepción global de este enfoque en la formación jurídica, caracterizado, en últimas, por los anquilosados arcaísmos del legalismo y la codificación.

Respecto a la enseñanza bajo su regencia, el formalismo privilegió criterios pedagógicos como un tipo de aprendizaje enciclopédico, en la medida en que el estudiante debe conocer enciclopédicamente todo el derecho y estudiarlo, casi, como se estudiaban las Sagradas Escrituras antaño. El programa curricular se estructura, conforme a esta concepción, según las clásicas divisiones del derecho: Penal, Laboral y Civil, etcétera, y este último, a su vez, debe subdividirse según la estructura, o “libros”, del Código Civil: personas, bienes, sucesiones y obligaciones, y contratos, tal como efectivamente aún se enseña en muchas facultades colombianas.

Otras consecuencias pedagógicas del formalismo como método de concepción y aplicación del derecho son la fragmentación del aprendizaje de éste al sobrevalorar la autoridad de las fuentes legislativas, minimizando la importancia de las otras fuentes (el papel de la jurisprudencia en la creación y desarrollo del derecho es despreciado por completo) y disciplinas (como la sociología, la filosofía o la economía). En este sentido, la principal tarea del profesor, en las aulas, es precisar los conceptos de las instituciones jurídicas y determinar su interrelación de manera que el orden jurídico pueda parecer como lo que (se supone que) es: un sistema de conceptos jerarquizados y coherentes, y a nivel académico, es escribir “Tratados de...” o “Comentarios sobre...” los códigos y las leyes fundamentales en su materia.

Y como lo ha sentenciado con razón Fiss:⁷

⁷ Fiss, Owen, “El derecho según Yale”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, op. cit. En ese libro se desarrolla un saludable ejercicio de autocritica frente a los valores dominantes que se les inculcan a los estudiantes, como son el alcance de posiciones de poder y la consecución de dinero, las cuales no resultan muy alejadas de los “valores” que otros programas de Derecho le inculcan a sus estudiantes. Sobre el contenido ideológico de los planes de estudio, ver también KENNEDY, Duncan, “Legal Education as Training for Hierarchy”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New Cork, Basic Books, 1998 [Nota de los editores: COURTIS, Cristián, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 373-401. KENNEDY, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos

La calidad de cualquier institución académica depende en definitiva de la profundidad y diversidad de su cuerpo docente, que es el que da forma al plan de estudios de la facultad y es el responsable de los resultados de la enseñanza, del carácter de su biblioteca, y del tipo de estudiantes que son atraídos por la institución. Es el cuerpo docente quien define la facultad.⁸

Tal esquema de enseñanza menosprecia la motivación en el aprendizaje y le confiere a la cátedra magistral una exclusividad como método de enseñanza, implicando que en la relación vertical profesor-estudiante que se crea, éste tiene poco o nada que aportar al proceso educativo, pues el profesor es el que conoce el temario y sabe los contenidos de la materia y los trasmite (dicta) en sus clases. El estudiante se acostumbra así, desde las primeras clases, a ser un ente pasivo que se limita sólo a escuchar y tomar apuntes, y ni le resulta necesario asistir regularmente a clases, pues lo que dice el profesor lo encontrará en los tratados o manuales, bastándole con memorizarlo antes del examen. Como advierte Juan Ramón Capella: “No se puede decir que una clase sirve para aprender si no proporciona algo que no se encuentra en los manuales”.⁹ Algún apunte interesante del profesor será copiosamente registrado por los estudiantes “hediondamente conformistas” –la expresión es de Capella–¹⁰ que son fiel reflejo de la represión inquisidora que fundan los profesores en el pavor ansioso que, a esta clase de estudiantes, les engendra la nota y la imagen que por este medio sus profesores, futuros colegas, se forjarán de ellos.

La consecuencia paulatina pero directa de esta orientación pedagógica es que el sistema evaluativo determina, casi exclusivamente, la retención

Aires, año 2, nro. 3, pp. 117-147]. La sección de Educación Jurídica y Admisiones de la *American Bar Association* emitió un informe (*McCrate Report*) en 1992 sobre el estado de la enseñanza del derecho donde se detallan los valores profesionales esenciales del abogado: proveer representación idónea, esforzarse por promover la justicia, la equidad y la moral, y procurar el perfeccionamiento profesional.

⁸ Considero más adecuada esta perspectiva que la sostenida por otra poderosa referencia en este ensayo: Juan Ramón Capella, para quien “son los estudiantes, más que los profesores, los que determinan el clima, el ambiente intelectual de un centro universitario”. CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, op. cit., p. 90.

⁹ CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, ob. cit., p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 62.

de información por parte del estudiante como su logro principal y cometido único, y se le dificulta aplicar lo aprendido por la descontextualización entre lo que se aprende y la realidad en donde debe aplicarse. Erróneamente se presupone que con la memorización se pueden afrontar los diversos problemas sociales que el abogado contemporáneo está llamado a resolver, orientándose así su aprendizaje hacia la repetición laboriosa del conjunto de códigos y demás leyes consideradas de una aplicación mecánica y casi automática, generando así más obtención de información que de ejercicio de habilidades y desarrollo de destrezas.

Tan infortunado equívoco metodológico, que aún pervive en muchas facultades, instituyó la memoria como fundamento de la enseñanza, sustentando una visión ritualista-medievalista respecto a la enseñanza del derecho y conservando una visión sacramental que fomenta un sistema pedagógico anclado en una realidad sociojurídica caduca. El aprendizaje tradicional del derecho se presenta como la actividad inercial de ceñirse a una serie de leyes y procedimientos en donde lo único aparentemente relevante es conocer sus contenidos y la mecánica con la que se vuelven operativos, sin utilizar recursos teóricos y conceptuales que le exijan al estudiante que se cuestione sobre la realidad social implícita en ellos, limitando la enseñanza a la transmisión de información y al enfoque que afronta los problemas sólo desde el procedimiento lógico-deductivo. Capella lo critica de la siguiente forma: "La mayoría de las veces el profesorado, a la hora de examinar, no atina a averiguar lo que el estudiante *sabe* y se limita a averiguar lo que *recuerda*".¹¹ Esto desemboca en que el estudiante se vaya condicionando a estudiar para aprobar, no para aprender y, como lo enfatiza más adelante:

El estudiar para aprobar puede arruinar muchísimas inteligencias que sólo son capaces de memorizar. Esto es: incapaces de insertar los parciales conocimientos trasmitidos en una comprensión compleja de la vida social; incapaces de hacerse no ya con un pensamiento técnico-jurídico eficiente, sino de problematizarlo y adaptarlo a la cambiante realidad social, y, profesionalmente, a la actividad personal.¹²

¹¹ CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, ob. cit., p. 75.

¹² *Ibidem*, pp. 76-77.

El culto a la memoria como fuente primaria y absoluta del fenómeno de lo jurídico eterniza el enfoque “profesionalizante” del que resultan las principales deficiencias de una formación que sustenta la enseñanza en la in-di-gestión de leyes y descuida otros importantes aspectos pedagógicos como la investigación sociojurídica y el diálogo que ésta propicia con otras disciplinas, y la ius-filosofía, que le aporta en su labor una perspectiva crítica y una conciencia sobre el rigor que exige el estudio del derecho desde toda perspectiva, no sólo desde la de los buenos litigantes.

Por esta razón suele calificarse la enseñanza jurídica actual como decimonónica, a-crítica y unidimensional, ya que al estar desconectada de las herramientas que le proporcionan otros discursos alternos, permanece descontextualizada de la compleja realidad social e independiente de los verdaderos debates jurídicos, de la interacción derecho-realidad y su integración con la reflexión interdisciplinaria entre la literatura legislativa y jurídica, con la práctica profesional. Como se preguntara Walter Benjamin: “¿Para qué valen los bienes de la educación, si no los une a ellos la experiencia? Y a dónde conduce simularla o solaparla, es algo que la espantosa malla híbrida de estilos y cosmovisiones en el siglo pasado nos ha mostrado con tanta claridad que debemos tener por honroso confesar nuestra pobreza”.¹³

Una formación tan concentrada en los códigos y los procedimientos, de espalda a la realidad social y a los nuevos desarrollos teóricos, confluye igualmente con el hecho de que al estudiante se le reduce dramáticamente su espectro o imaginario, tanto sobre lo que realmente es capaz de hacer una vez graduado –además de litigar–, como sobre la verdadera importancia y capacidad del derecho para resolver los grandes problemas nacionales. Debe insistirse, cuantas veces sea menester, en que la rica fenomenología de los estudios jurídicos repercute asimismo en las diversas funciones que está (estaría) facultado para desempeñar un recién estrenado abogado, tales como por ejemplo (empecemos por lo obvio) el litigio para representar personas o empresas; la academia, la docencia o la investigación; la asociación con las grandes firmas o los bufetes; la asesoría y consultoría pública y privada, así como la gerencia de compañías; el

¹³ BENJAMIN, Walter, “Experiencia y pobreza”, en *Discursos interrumpidos I*, Madrid, Taurus, 1982.

Poder Judicial, Fiscalía o la representación litigiosa del Gobierno; y el trabajo con ONG o con “clínicas de derecho de interés público”.

Sobre la unilateralidad de concebir el derecho como un conjunto de leyes, resulta singularmente ilustrativa una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 1973, en la que se decidió sobre la validez de la creación judicial de derecho en contra del texto mismo de una ley.¹⁴ En uno de sus apartes fundamentales nos enseña que

El Derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en Derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.

A la Corte Constitucional de Colombia (SC-479/92) le resulta en el mismo sentido indispensable reivindicar la concepción según la cual “el Derecho no se agota en las normas”.

II

En Colombia, aunque como queda claro por la literatura existente no resulta indebido generalizarlo (y extender la crítica) hacia los países de la región, el esquema dominante de enseñanza de la Filosofía del Derecho consiste, entonces, en una miope perspectiva que se revela en un tipo de enseñanza concentrada exclusivamente en la historia de lo que han escrito los filósofos sobre el Estado y el Derecho (o “lo justo”) desde hace 25 siglos. Esta concepción pedagógica, heredera de los vicios del formalismo, reside en una repetición de lecturas a-sistemáticas que se han inscrito en alguna de las corrientes de pensamiento que se presentan y (a los estudiantes) se imponen a la manera de modas, con todo y sus “cuartos de hora” de fama.

Su cometido meramente divulgativo le impide a este esquema, tanto plantear discusiones rigurosas en torno a la teoría de nuestras prácticas y al entendimiento de que toda práctica –y en especial la jurídica– tiene

¹⁴ BVerfGE 34, p. 269, 286 y ss.

una teoría, como ofrecer superaciones efectivas que articulen la teoría con la práctica jurídicas. Al respecto podemos extender nuestro argumento hasta el que planteara el profesor de Filosofía de la Universidad Nacional de Bogotá, Lisímaco Parra, en relación con la actividad filosófica en Colombia, sobre lo que afirmó que “no hacemos filosofía, ni historia de la filosofía, sino *exégesis divulgativa de textos filosóficos*”, y “si observamos la evolución de nuestro transcurrir filosófico [...] a lo que asistimos es a una sucesión más o menos caótica, tal vez *más de autores que de problemas*”.¹⁵

Por una razón eminentemente retórica, me referiré al profesor promedio de Filosofía del Derecho que, en últimas, no hace Filosofía del Derecho sino una –muchas veces competente pero a todas resultas inadecuada– historiografía a-crítica de las obras canónicas de la Filosofía del Derecho, como “ius-filosofastro”.¹⁶ Este profesor enseña Filosofía del Derecho, básicamente, extendiendo el canon iusfilosófico central de autores clásicos que son de manera casi evidente como los líderes de determinadas escuelas iusteóricas transnacionales. En sus clases se limita a valorar y describir las narrativas jurídicas provenientes de los contextos de producción de teorías del derecho sin dar cuenta de las jurisdicciones políticas, ideológicas y académicas locales al momento de analizar un grupo de obras famosas escritas dentro de contextos socioculturales y esquemas investigativos muy particulares y con especificidades que hacen imposible su asimilación automática a otras realidades sociojurídicas. Son, entonces, lecturas que se realizan sin análisis contextual alguno ni problematización sobre las particularidades desde donde se las aborda, lo cual las desconecta con las cosas que, se supone, hacen los profesionales exitosos en las firmas y bufetes, y en las asesorías o consultorías.

Debido a la forma estéril y vertical de enseñar las teorías canónicas de autores como Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy, Rawls o Habermas, es que en la estructura general de la enseñanza del derecho éstas no pasan

¹⁵ PARRA, Lisímaco, “Trabajo filosófico y comunidad filosófica”, en *Ideas y valores*, nro. 104, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, 1997, p. 68, énfasis añadidos.

¹⁶ Para mayor claridad: filosofastro es el falso filósofo que pretende examinar los problemas y cuestiones centrales de la filosofía (filosofar), sin tener la capacidad de hacerlo.

a ser más que recuentos históricos casi esotéricos (que muchas veces se remontan hasta los presocráticos y se van acercando a grandes saltos hacia nuestros tiempos, no hacia nuestros entornos) y, en todo caso, desarticulados entre ellos y con la propia dogmática jurídica, por lo que en nada aporta su estudio para mejorar la comprensión del andamiaje jurídico local, ni su parte teórica ni, mucho menos, su parte práctica u operativa. Tener un meridiano entendimiento de las adaptaciones (“impuras”, en el sentido de López)¹⁷ de las teorías a nivel local es más importante que el empeño por realizar reconstrucciones de las teorías a partir de interpretaciones “originalistas”, es decir, de las que sólo pretenden desentrañar los sentidos objetivos, ciertos e inequívocos de los textos a partir de las intenciones de quienes los redactaron.¹⁸

En esta crítica a la concepción y enseñanza de la Filosofía del Derecho no tengo dudas de haber molestado a algunos abogados, pues a continuación corro el riesgo de molestar también a los filósofos, ya que igualmente estimo que hacia ellos puede dirigirse una crítica que describiré brevemente.

Si bien el cultivo profesional de la actividad iusfilosófica en Colombia, y en general en los países de tradición romano-germánica, constantemente permite recoger cosechas intelectuales abundantes (entre publicaciones periódicas, seriadas y monográficas, y memorias de eventos académicos) que harían que el interesado se pudiera pasar gran parte de su vida tratando sólo de permanecer actualizado, no puede desconocerse que se intensifica y generaliza entre el estudiantado y un amplio sector de los profesores de materias de derecho codificado –quienes igualmente ven

¹⁷ Las teorías son “impuras” luego del proceso de viaje desde su sitio de producción hasta el de recepción, donde se asienta y muta; son “síntesis extrañas y creativas que, sin embargo, son esenciales para entender las prácticas jurídicas locales”. LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit., p. 461.

¹⁸ Esta crítica sobre la pretensión de apropiación teórica exclusivamente a partir de la interpretación en sus propios contextos de creación, puede ilustrarse extendiendo la cuestión de la interpretación “originalista” de la Constitución, es decir, aquella que sólo procura desentrañar el sentido de quienes la redactaron. Tal modelo interpretativo ha sido defendido por los magistrados Scalia y Thomas de la Suprema Corte, “como si las intenciones de los mentores históricos de alguna cláusula particular de la Constitución fuesen la única guía aceptable para su significado”. Ver al respecto DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Mass., Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 117-139.

con suma reserva el ascendiente énfasis que se le confiere a la Filosofía del Derecho por parte de las áreas de teoría jurídica en diversas facultades—una imagen desfavorable y desconfiada que versa fundamentalmente en el rol que deben desempeñar al interior de la práctica jurídica los discursos iusfilosóficos y los debates transnacionales sobre la concepción, interpretación y aplicación del derecho, sobre el papel del juez en el nuevo derecho y sobre el rol cada vez más fortalecido de la jurisprudencia en la concreción de los principios constitucionales.

Este sector del cuerpo docente en las facultades de Derecho reclaman que los iusfilósofos no pierdan el contacto con la realidad por cuenta de un ejercicio, más que una actividad, que parece más bien una especie peculiar de idiosincrasia propia de intelectuales que muchas veces se asume como un saber aislado que no se siente preocupado por la urgencia de transformar el mundo sustantivo, ni que está en capacidad de responder de una manera más comprometida y creativa a las demandas que le plantean las cuestiones de la práctica jurídica.

En un contexto donde el iusfilosofastro no toma conciencia de que debe romper el celofán que lo aísla de la realidad social, es asimilado acertadamente a un intelectual que juega al ajedrez con los conceptos, que vive profundamente absorto en la reflexión de sus propios y autoinventados problemas y que no abandona el inerte santuario en el que muchas veces se le transforma su cátedra. Este profesor no acaba de entender que de lo que se trata con la Filosofía del Derecho es de hacer crecer la profesión y transformar la propia cultura sobre la base, sin duda, de los productos académicos de los países hegemónicos de producción de teorías transnacionales del derecho, pero realizando una lectura creativa y una interpretación fiel a los textos que responda a las restricciones y condicionamientos que imponen las necesidades contextuales de los sitios de recepción, las cuales evidentemente no son las mismas (muchas veces, ni siquiera similares) a las de los ambientes de producción.

Legítimamente puede llegar a denunciarse la falta de compromiso de muchos filósofos del derecho al momento de intervenir activamente en los problemas jurídicos apremiantes, lo cual suscita reacciones escépticas o negativas sobre la verdadera relevancia sociojurídica de su disciplina y conduce a su pérdida de credibilidad. Dicha actitud parece

justificar en nuestros días la visión defendida por Trasímaco, en la *Re-pública* de Platón, al decir que la filosofía es un pasatiempo muy constructivo en la formación de los jóvenes, pero un vicio de mal gusto en las personas serias y con responsabilidades, quienes, decepcionadas, vuelven la mirada hacia saberes más útiles y más capaces de transformar la realidad.

El ejercicio de encontrar recursos mejores y más efectivos para articular la relación de la teoría con la práctica jurídicas, cobra una inusitada relevancia en contextos como el nuestro que ha estado dominado por el formalismo “legocentrista”, por lo que tal relación se ha presentado tradicionalmente como excluyente y jerárquica, y que parece estar cada vez más encandilado por el aparente protagonismo social de los litigantes prestigiosos que parecen no requerir de la reflexión iusfilosófica en su exitosa carrera laboral. Esto debe presentarle a las autoridades universitarias dramáticos interrogantes sobre lo que es realmente imprescindible debatir.

Del mismo modo debe entenderse que ni el derecho ni ninguna de sus subdisciplinas “integrativas” y las afines, ni las reflexiones que se desarrollan desde la dogmática, existen para ser objeto de meras elucubraciones abstractas, sino que de su naturaleza ontológica es la aplicación concreta a las relaciones ciudadanas y cuestiones prácticas.

Varios autores, provenientes de diversos contextos y tradiciones, han sostenido esta demanda que es urgente entre nosotros. Para Kaufmann, “también la Filosofía del Derecho, si no quiere ser simplemente especulativa, tiene que apoyarse en la *experiencia*; igualmente en ella tienen que estudiarse y discutirse los problemas en el *caso* (...) también ella tiene, para decirlo de algún modo, que operar experimentalmente”.¹⁹ Alexy advirtió al respecto que “Hay problemas de dogmática jurídica que difícilmente pueden ser resueltos sin una competencia en teoría del Derecho”, y como ejemplo señala la cuestión de por qué es un límite a un derecho.²⁰

¹⁹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 43-62.

²⁰ “Manuel Atienza entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa*, nro. 24, Alicante, 2001, pp. 671-687.

Bobbio destacó de Cossio, a propósito de la discusión que sostuvieron sobre la distinción entre analogía jurídica y analogía lógica,²¹ que siempre fue de la mayor relevancia sustentar y evidenciar en su obra que la Filosofía del Derecho no debe convertirse en el feudo intelectual exclusivo de los teóricos abstractos, ajenos a la experiencia jurídica e inmersos en estériles elucubraciones.

Para el profesor español Juan Antonio García Amado:²²

La Filosofía del Derecho existe fundamentalmente como actividad, como un núcleo temático formado por el Derecho como fenómeno global, incluyendo su práctica como parte esencial, y acogido por un cierto método tendiente a obtener conclusiones o tesis que rebasen el alcance de los problemas jurídico-positivos concretos o los ordenamientos particulares.

Para los profesores de Filosofía del Derecho, en definitiva, debe ser siempre una prioridad, como lo fue para Kant, que “sus estudiantes no sólo aprendan pensamientos sino a pensar, que no aprendan una filosofía ya hecha, sino a filosofar”.²³

Es claramente desafortunado que aún subsistan en algunas facultades fragmentos de antiguos modelos pedagógicos ya sepultados por la historia, cuyos profesores (“apologetas” a ultranza de la tradición y el *statu quo*) no cuentan con más alternativa que atrincherarse en parcelas “eruditizantes” para resguardar sus propios feudos intelectuales, por ejemplo, reduciendo el debate iusfilosófico a la dicotomía entre iuspositivismo e iusnaturalismo (cosa que al mismo tiempo, así visto, no es más que un falso dilema), lo cual desemboca en discusiones endogámicas y absurdamente hipercomplejas, e irrelevantes por completo.

²¹ Cfr.: BOBBIO, Norberto, “La plenitud del orden jurídico y la interpretación”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nro. 21, México D. F., ITAM, octubre de 2004.

²² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Algunas consideraciones sobre la Filosofía del Derecho y su posible sentido actual”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1990.

²³ Así anuncia el objetivo de su curso de ética para el semestre de invierno de 1765-1766. Cfr.: VORLÄNDER, Kart, *Kants Leben*, Felix Meiner Verlag, 1986, p. 43. Adeudo esta referencia al prof. Vicente Durán.

Reconsiderar el enfoque de la enseñanza de la Filosofía del Derecho hacia escuelas como los Estudios Críticos del Derecho, los principios generales y teorías como la de argumentación jurídica, entre otras, permitirían instaurar una “tercera vía”, como lo han demandado iusfilósofos como Kaufmann,²⁴ que saludablemente sustituya el lugar de los sempiternos debates entre iusnaturalistas e iuspositivistas.²⁵ Así se contribuirá también a que el estudiante desarrolle las habilidades que otorga el estudio serio y riguroso (en creativa y constructiva articulación con la normatividad) de la Filosofía del Derecho, para lograr avanzar conjuntamente hacia el mejoramiento de la educación y el fortalecimiento de las competencias profesionales.

En general, como ha argumentado Dworkin, “sería insultante, tanto para los jueces como para los filósofos, asumir que los primeros no se podrían beneficiar del estudio de las teorías diferentes y opuestas de los segundos, de igual manera como los filósofos se benefician leyendo los escritos de los abogados que defienden tesis opuestas en una discusión”. En especial respecto a los jueces, el profesor norteamericano sustenta que lo que hacen “es de una gran importancia, no sólo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el Derecho Constitucional, para la gobernabilidad de la Nación”,²⁶ por lo que resulta inadmisibles que los jueces, e intérpretes en general del Derecho, ignoren en su actividad las cuestiones que han sido debatidas por los filósofos durante tantos siglos.

²⁴ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 105 y ss.

²⁵ En la misma línea en la que se inscribe esta parte del ensayo, Farrell sostiene –respecto a la versión tradicional de la (seudo)discusión entre iuspositivistas e iusnaturalistas– que los temas recurrentes de tal enfrentamiento han agotado su importancia, y muestra su perplejidad por el hecho de que en la Filosofía del Derecho se continúe polemizando sobre algo tan poco dramático y poco relevante. FARELL, Martín D., “¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”, en *Doxa*, nro. 21, Alicante, 1998.

²⁶ DWORKIN, Ronald, “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, en la Conferencia *New York Council for the Humanities*, 11 de octubre de 2000. Vers. cast. de GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Estudios de Derecho*, nro. 144, año LXIV, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, julio y diciembre de 2007.

III

Entre los estudiantes, la referida desvinculación programática entre el discurso iusfilosófico y la enseñanza de las normas de los códigos, inevitablemente produce un profundo desconcierto (y un tanto de aburrimiento) por la falta de articulación entre la teoría iusfilosófica y la práctica litigiosa, por lo cual toda transversalización interdisciplinaria está llamada al fracaso. La forma tradicional de enseñar la Filosofía del Derecho, estéril y fuera de los propios contextos en los que se abordan influyentes obras clásicas, hace, a los estudiantes, apáticos y escépticos –casi cínicos– frente al definitivo papel que la Filosofía del Derecho está llamada a cumplir en la educación jurídica.

En el tiempo dedicado a su estudio, el estudiante de Filosofía del Derecho debe adquirir la habilidad de pensar profundamente sobre el derecho y preocuparse por su contenido, es decir: “filosofar el derecho”, o sea comprender y cuestionar los conceptos más comunes que se utilizan (con frecuencia inadvertida y hasta arbitrariamente) en el discurso jurídico, tales como por ejemplo: dogmática, regla-principio, teoría-hipótesis, democracia, justicia-equidad, racional-razonable, ontología, legitimidad-validez-eficacia, derecho-obligación-deber,²⁷ así como esclarecer la “multivocidad” de usos y significados, en muchos casos ambigüedades, que presentan tales conceptos cuando se aplican a casos particulares.

Con una rigurosa y adecuada orientación en esta materia, el estudiante desarrollará habilidades críticas y analíticas que le permitirán plantear preguntas, razonar sobre ellas y examinar las respuestas obtenidas, así como debatir los presupuestos y fundamentos del lenguaje jurídico y analizar la relación entre las técnicas y doctrinas jurídicas, con el sentido y la validez del conocimiento que se transmite en las aulas. El estudiante bien orientado podrá plantearse reflexiones autónomas sobre el entendimiento del derecho y de todo el fenómeno de lo jurídico, partiendo del conocimiento de la dogmática y el derecho sustantivo, pues tampoco se trata de que la demanda por un mayor componente teórico en la

²⁷ Estos tres últimos conceptos fueron estudiados por Hart respecto a su derivación del lenguaje. Cfr. HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Cap. II, Oxford University Press, 1994.

enseñanza del derecho desemboque en una falta de rigor y estudio sobre la dogmática estrictamente jurídica, por lo que debe compartirse en este punto la advertencia de Kennedy,²⁸ para quien la enseñanza de la teoría y doctrina en aislamiento del desarrollo de habilidades prácticas es un “mecanismo incapacitante” para el futuro abogado.²⁹

En definitiva, si bien en las aulas se deben enseñar los procedimientos legales y la normatividad vigente, esto es condición necesaria, pero no condición suficiente, para la formación de los futuros juristas, ubicándose la Filosofía del Derecho dentro de las condiciones “necesarias” y, articuladas con otras (sociología, economía, etc.) “suficientes”, para progresar en el estudio de la norma, pero también en la comprensión de su razón de ser para que se puedan develar con propiedad las implicaciones prácticas de tal o cual posición doctrinaria o jurisprudencial, crear y consolidar subreglas constitucionales, aplicar los mecanismos interpretativos e integrar un caso difícil en el mandato imperativo del ordenamiento para solucionar las lagunas jurídicas.

No son acaso muchos los problemas que se presentan al interior mismo de la dogmática jurídica que difícilmente podrían resolverse sin acudir a la teoría jurídica o a las destrezas que ésta desarrolla, y sin haber extendido a lo largo de la formación habilidades y técnicas más allá de las que se ponen en práctica desde los estudios legales. Como ejemplos pueden indicarse, entre muchos otros, los siguientes problemas que tienen que decidir los jueces y defender los litigantes: cómo se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales, cuáles son los factores (esenciales y accidentales) que se deben considerar en una pondera-

²⁸ KENNEDY, Duncan, *Legal Education as Training for Hierarchy*, op. cit., p. 54.

²⁹ Sobre las destrezas prácticas y su relación con las teóricas y doctrinales en el medio norteamericano, que arroja importantes conclusiones para otros contextos, ver COOPER, Byron, “The Integration of Theory, Doctrine, and Practice in Legal Education”, en *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, nro. 1. Ver también al respecto LYON LEVINE, Martin (ed.), *Legal Education*, Aldershot, Dartmouth, 1993. Para una descripción de las perspectivas dominantes, y una crítica, de las discusiones tradicionales en torno a la pedagogía jurídica, ver MONTOYA, Juny, *Historical Debates in U. S. Legal Education*, Serie Documentos de Investigación, nro. 13, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2004. Una amplia bibliografía sobre educación jurídica en Estados Unidos se encuentra en Periódico del Departamento de Estado de Estados Unidos, *Temas de la democracia*, vol. 7, nro. 2, “Educación jurídica en Estados Unidos”, 2002, pp. 42, 46.

ción, existe o no una distinción moralmente significativa entre el acto negativo de dejar morir y el acto positivo de retirar los soportes artificiales de la vida, y de resolverse esta distinción –si existiese–, podría derivarse jurídicamente el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido; de ser cierto que un cigoto es un ser vivo, debe prestársele el mismo respeto a esa vida que a la de un recién nacido; el hecho de que el concepto civil “familia” amparara tradicionalmente al hombre y a la mujer, quiere decir que la unión marital entre parejas del mismo sexo está prohibida por ley; si históricamente unos son los derechos sociales y otros los fundamentales, los jueces sólo pueden proteger los segundos mientras que la salvaguardia de los primeros está sólo en manos del legislador.

Las facultades de Derecho que integran la reducida elite³⁰ en las principales capitales se caracterizan, entre otros factores, por que tienen sólidos y reconocidos grupos de investigación; poseen bibliotecas actualizadas con numerosísimos volúmenes; su planta física permite un adecuado proceso de enseñanza; cuentan con varios y reconocidos doctores cuya producción intelectual es fuente fértil de relevantes discusiones teóricas e influye asimismo en los pronunciamientos judiciales y en los cada vez más abundantes trabajos académicos que a diario enriquecen el estado del arte, y por cuyas series de publicaciones, originales y traducciones, se conocen los trabajos producidos en los ambientes hermenéuticos ricos.

A partir de lo anterior pretendo poner de relieve que en no pocas ocasiones se evidencia entre los pregrados que no hacen parte de esta

³⁰ No es nada nuevo decir que las elites son las que se apropian de los sistemas de producción jurídica. Sobre la competencia jurídica como poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico, ver BOURDIEU, Pierre, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000. Robert GORDON (en *Temas de la democracia*, p. 7) señala algo del contexto norteamericano que puede calcarse al nuestro: los graduados de las escuelas más selectas son reclutados para los trabajos más prestigiosos y mejor pagados, mientras que los graduados de escuelas de menor rango en ocasiones tienen problemas para encontrar empleo como abogados. En esta perspectiva podría ser leída la denuncia de KENNEDY (“Legal Education as Training for Hierarchy”, op. cit.) hacia las facultades de Derecho como reproductoras de las jerarquías sociales, pues las vivencias políticas en las clases entrenan a los estudiantes para que acepten y, posteriormente, participen en la estructura jerárquica de la sociedad.

elite o que se alejan sustancialmente de tales caracterizaciones, uno de los siguientes problemas: (i) por su menor capacidad económica y, en algunos casos, por su menor conciencia sobre el deber ser del derecho en un nuevo estado constitucional que se globaliza aceleradamente, no han integrado en el discurso pedagógico nuevas materias ni se han actualizado desde hace décadas las materias canónicas del Derecho Civil, Penal, Laboral...; o bien (ii) cuando se ha dado este paso y se incluyen en el plan de estudios materias que tienen una relación más directa con la filosofía, la sociología y la economía, la referida integración es meramente formal porque otros asuntos esenciales permanecen estáticos: las jerarquías no se modifican, la formación de competencias sigue restringida al conocimiento de la ley y, en general, se presentan –juntamente con los (que he denominado aquí) “discursos alternos”– los vicios del formalismo detallados en las primeras páginas de este ensayo. Por estas razones, bien entre otras, la referida y altamente ponderada renovación curricular no logra integrarse efectiva y constructivamente con el núcleo central de enseñanza de la normatividad para desembocar en la formación de un jurista con capacidades de juicio y crítica en el desarrollo de su actividad.

Es decir, la sola obligación de que los estudiantes tengan que cursar y aprobar materias propias del campo de las humanidades u otras ciencias sociales, así como las económicas, o que éstas se oferten en los currículos como optativas o pertenecientes a la formación disciplinar, no genera, *per se*, capacidades ni permite el desarrollo de destrezas, ni mucho menos estimula a los estudiantes académica o intelectualmente. En un contexto de falta de integración disciplinaria en el cual continúa en la práctica la separación entre, como diría Nino, “discursos insulares”, las asignaturas que complementan la enseñanza jurídica están condenadas al perenne letargo.

Al respecto estimo que debe objetarse la (presunta) renovación curricular cuando se presenta como exitosa no obstante exigírsele al estudiante, a la par del estudio de las grandes obras de la teoría jurídica moderna y contemporánea, de la jurisprudencia constitucional y de la literatura jurídica en general, que debe memorizarse cierto articulado para un examen, o cuando al interior de la facultad no se evolucionan los debates sobre la caduca rigidez de la separación entre el Derecho

Privado y el Derecho Público. La conexión que en este tipo de pregrados se da entre las materias teóricas con las dogmáticas y las prácticas (forenses, por ejemplo) es profundamente abstracta e ingenua, pues no se consigue con éxito, ni que la teoría vincule, comprometa, ilustre y, de esta forma, modifique la práctica jurídica, ni que esta última se vuelva más teórica y, así, que esté más en contacto con todas las dimensiones (más allá de la mera normatividad) que hacen parte de la fenomenología jurídica.

Como mencionábamos atrás, los filósofos del derecho deben combatir y perseverar por que se cuente en las facultades, de un lado, con una teoría más comprometida con el fenómeno de lo jurídico que con ella misma y, de otro, con una práctica y una dogmática más teóricas. Es decir, una teoría que explique con un empeño de mayor articulación lo que tiene que explicar, a saber, el fenómeno del derecho en contacto con la cultura y con la filosofía, pero no en una conexión abstracta o ingenua sino más consciente, de tal manera que la teoría del derecho beba de sus contextos culturales generales y de la filosofía general, pero que al mismo tiempo explique más el fenómeno que tiene que explicar.³¹

Sólo en la medida en que se haga un esfuerzo adicional por demostrar la importancia de la reflexión iusfilosófica en el derecho, articulando las teorías que respaldan la comprensión de los códigos,³² es que el estudiante construirá los elementos necesarios para orientarse en la formación de criterio jurídico, donde se asuman conceptos legales y contextos sociales, aprendiendo a conocer el derecho y sus expresiones, así como sus cambios paradigmáticos, para poder profundizar posteriormente en el estudio de la complejidad de los sistemas normativos y la

³¹ Agradezco aquí al prof. Diego López Medina.

³² Habría que seguir aquí a William Ewald, para quien el entendimiento del derecho está supeditado a la comprensión de las normas que integran el ordenamiento jurídico, pero también al conocimiento de los presupuestos fundamentales de su teoría del Derecho. Ejemplificando con el Derecho alemán, afirma EWALD ("Comparative Jurisprudence (I) What was it like to try a rat?", en *Pennsylvania Law Review*, nro. 143, 1994, pp. 1943-1944): "[C]onsidero en detalle el Código Civil alemán; explico cómo su redacción estuvo influenciada por las ideas de Kant, Savigny y Thibaut, Windscheid y Gierke, y argumento que, a no ser que uno entienda estas ideas superiores, no se pueden entender temas centrales en el Derecho Privado alemán actual".

casuística. Serán competentes asimismo para emitir juicios críticos sobre el derecho vigente, su legitimidad y aplicación eficaz.

La Filosofía del Derecho ha adquirido una verdadera dimensión práctica por cuenta de la revitalización de sus temas y problemas, tanto en nuestra propia concepción de todo el fenómeno de lo jurídico, como en las decisiones de los jueces. Tal dimensión práctica resulta relevante porque indefectiblemente cuando se practica el derecho se tiene una filosofía del derecho. Acorde a Filmer S. C. Northrop:

Con seguridad, hay abogados, jueces y aun profesores de derecho que nos dicen que ellos no tienen una específica Filosofía del Derecho. En Derecho, como en otras cosas, nosotros encontramos que la única diferencia entre una persona "sin filosofía" y alguien con ella, es que la última sabe cuál es su filosofía.³³

En esta misma concepción se inscribe López Medina cuando señala que

El que niega la existencia de teoría del derecho en una cultura jurídica, tan sólo afirma que él, en realidad, no es consciente de la misma.³⁴

Dentro de tal dimensión práctica, el énfasis en la crítica que propone la Filosofía del Derecho es pertinente en singular forma. Precisamente, la raíz etimológica de lo "crítico" alude al ejercicio de separar y diferenciar, por ejemplo, al momento de determinar los conflictos que se presentan entre lo que el estudiante aprende en la facultad y lo que se espera que el abogado que recién se va a estrenar en el medio conozca y domine, y entre lo que los profesores consideran más valioso enseñar y lo que la facultad promueve oficialmente. Por tal énfasis crítico, el estudiante incluso estará dotado de elementos poderosos para relativizar

³³ NORTHROP, Filmer S. C., *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the method of normative subjects*, Boston, Little Brown, 1959, p. 6.

³⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit., p. 51. Esta idea la había planteado el autor cuando, en un ensayo temprano donde adelantaba algunas de las tesis centrales del capítulo 4 (4.2) de tal libro, expresó que "Quienes afirman no tener una teoría del Derecho sólo afirman, en últimas, que poseen una teoría del Derecho que no está bajo su control consciente". Tal ensayo es "Hacia la reconstrucción de la teoría del Derecho Privado en Colombia", en *Revista de Derecho Privado*, nro. 27, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, febrero de 2002.

y reorientar la jerarquía de lo que se le enseña, pudiendo estructurar sus intereses intelectuales frente a lo que el plan de estudios le otorga una débil, o nula, participación.

Un panorama donde tras el paso de las décadas no ha evolucionado una dogmática jurídica de corto vuelo intelectual, donde se defienden posiciones homogenizadoras con pocos intentos efectivos de vincular la teoría con la práctica, y donde no se inserta la dogmática en las asignaturas interdisciplinarias e investigativas, sólo puede desembocar en que la enseñanza de la Filosofía del Derecho, en primer lugar, consiga que el estudiante aprenda un derecho sin filosofía, indebida e irrestrictamente enfocado hacia la comprensión de las normas y los procedimientos y, en segundo lugar, que crea que sabe más filosofía de la que necesita para desenvolverse adecuada y competentemente en uno de los campos laborales más saturados actualmente.

En un contexto de distanciamiento artificial entre las teorías y falta de rigor crítico en las lecturas y las interpretaciones que hace el iusfilosofastro, Kelsen no puede ser interpretado de otra forma por el estudiante que como un pétreo positivista en una constante e inacabada batalla contra el iusnaturalismo, y nada más. Resulta pertinente en este punto acometer otro tipo de lecturas de la obra de nuestro padre Kelsen, tal como la distinción que podría hacerse de la misma propuesta por López Medina³⁵ entre una “recepción académica” y una recepción popular, práctica y fácil de manejar (“pop”, como la denomina).³⁶

Las escuelas de Derecho deben ser el lugar por excelencia donde se edifique un sistema de pensamiento y de razonamiento que propenda creativa y constructivamente a la superación de la miseria jurídica en la que son sumergidas las mentalidades estudiantiles por el enfoque formalista del derecho, y así poder romper el rigorismo positivista para recuperar la creencia en el papel transformador del derecho.

³⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit., pp. 397, 348 a 356 y ss. Distinción que no ha estado exenta de críticas. Véase próximamente el número de la revista argentina *Discusiones*, en edición de Daniel Bonilla, que se dedica enteramente a tal libro y de la cual hacen parte varios ensayos con objeciones severas.

³⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, op. cit.

IV

Si acaso existe algo en la filosofía que pueda considerarse enseñanza, sólo puede ser el enseñar a pensar por uno mismo.

LEONARD NELSON

La enseñanza de la Filosofía del Derecho y la orientación filosófica, o interdisciplinaria, de los planes de estudio debe ser poderosa, interesante y sugestiva; debe asimismo explicar lo que hacen los abogados y llevarlos a un mayor nivel de autoconciencia y crítica cuando hacen lo que hacen, pues la Filosofía del Derecho en la actualidad, hágase desde el derecho o desde la filosofía,³⁷ debe contar entre sus caracteres esenciales con una orientación pragmática y un enfoque interdisciplinario; debe proporcionar una conciencia más diáfana de las funciones que en la sociedad contemporánea se cumplen por el derecho y a través del derecho; e igualmente debe tener sentido en la práctica, pues la reflexión sobre lo social es inherente a la actividad filosófica si ésta ha de asumirse responsablemente de un modo crítico. De ahí la necesidad para el verdadero filósofo del derecho de establecer una estrecha articulación entre los ámbitos iusfilosóficos de la cultura y la sociedad con la vida cotidiana, con lo que Habermas llama “el mundo de la vida”.³⁸

Lo denunciado hasta aquí respecto a la falta de articulación o a la articulación estéril de los productos teóricos con la normatividad sustantiva deriva asimismo en que se reduzca el número de estudiantes dispuestos y, sobre todo, capacitados para debatir alrededor de los complejos y dramáticos matices que sobresalen cuando cualquier rasgo de la fisonomía del derecho se observa con una perspectiva crítica. Sobre

³⁷ En torno al estatuto epistemológico de la Filosofía del Derecho, Mejía Quintana sostiene que “la Filosofía del Derecho es una parcela de la filosofía, no del derecho, aunque los juristas amigos de la filosofía no quieran reconocerlo y pretendan mantener una identidad entre Filosofía del Derecho y teoría jurídica, peligrosa para una y otra en la medida en que con ello propician el desdibujamiento de la primera y exacerban la ideologización de la segunda”. MEJÍA QUINTANA, Oscar, *Teoría política, democracia radical y Filosofía del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 361-417.

³⁸ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, Madrid, Taurus, 1989, pp. 170-179.

la importancia de la crítica y el debate se ha escrito muchísimo, pero pocos párrafos me han resultado tan sugestivos como éste:

Cuando son menos los que debaten son menos, también, los capacitados para corregirnos; menos los que pueden mostrarnos que estamos leyendo mal algún texto o insistiendo en interpretaciones dogmáticas e injustificadas; menos los que pueden hacernos ver nuestros errores lógicos o la carencia de datos relevantes para apoyar las afirmaciones que queremos apoyar.³⁹

Podríamos sostener que el reto contemporáneo es “acoger filosóficamente la Filosofía del Derecho”, lo cual significa pensar y reflexionar críticamente a partir de la tradición –pues qué mejor que las herramientas del análisis filosófico para examinar con criterio la adecuación del andamiaje existente con relación a los precedentes históricos– pero con el panorama, no de la reflexión en sí misma, sino de los problemas del contexto; no sólo sacralizar a Kelsen, a Hart o su polémica con Dworkin sobre la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, o la discusión de este último contra el realismo jurídico sobre la creación judicial del derecho, sino también establecer la reflexión seria y fundamentada allí donde sólo impera y persiste la apropiación atrincherada en lecturas crípticas de culto a libros famosos y frases célebres; perspectiva en la que los autores se conciben como descontextualizados recursos de autoridad, y más que filósofos, tal vez “doxofilósofos”. Este ejercicio permite lograr una efectiva traducción de lenguajes y conciliación de perspectivas, ya que aún pervive algo de esa herencia que recibe los productos filosóficos desde una externalidad impávida que no se atreve a pensarla por sí misma y a partir de los problemas propios del contexto.

Naturalmente, no pretendemos en forma alguna menospreciar la imprescindible tradición filosófica y las obras clásicas, pero sí se debe evidenciar, con Horkheimer, que el impulso de la actividad filosófica “se dirige contra la mera tradición y la resignación en las cuestiones decisivas de la existencia” y “Ha emprendido la ingrata tarea de proyectar la luz de la conciencia sobre aquellas relaciones y modos de reacción humanos

³⁹ GARGARELLA, Roberto, *Crítica del estado del Derecho. Comentario a “Por qué hablar de una ‘teoría impura del Derecho’ para América Latina” de Diego López Medina*. Por publicarse. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

tan arraigados que parecen naturales, invariables y eternos";⁴⁰ resaltando igualmente que el compromiso en cuanto iusfilósofos apunta a profundizar cada vez más en la comprensión crítica de la sociedad, en fructífero diálogo de la tradición con la vida humana.

El jurista en auxilio de la filosofía, y el filósofo del derecho propiamente, deben procurar hacer un "ajuste de cuentas" y, utilizando una expresión de Hegel, "pensar pensamientos" (así sean ajenos), que le sirvan como prótesis para producir pensamientos propios sobre las situaciones a las que se enfrentan las sociedades desde sus propios contextos. Se recalca entonces con este enfoque la relevancia que al interior de la reflexión filosófica tiene la filosofía práctica; sentido en el que puede apuntarse la urgencia por asumir el filosofar en el más genuino sentido hegeliano, es decir, como el propio tiempo llevado a conceptos y, concretamente, en donde el trabajo teórico prima sobre el práctico, ya que si se revoluciona el reino de la representación, la realidad no puede aguantar.⁴¹

Para Hegel, la labor filosófica misma no era otra cosa que el propio tiempo llevado a conceptos, un ejercicio mucho más provechoso que la charla presuntamente especializada y en exceso erudita entre colegas que a menudo los encierra en sus propias complicidades y, por sobre todo, limita considerablemente las posibles virtualidades críticas del saber iusfilosófico, convirtiéndolo muchas veces en un saber de segunda categoría o, como escribe Manuel Atienza, "en una especie de tribunal de apelación, de segunda instancia; cuyas decisiones no vinculan, y ni siquiera son tenidas en cuenta, por los tribunales inferiores".⁴²

Además de los filósofos del derecho propiamente que reivindican lo imperativo de la atención a los problemas del contexto que plantea su disciplina, desde filósofos ("puros") de distintas escuelas se encuentra la misma exhortación. Epicuro señaló que "Contra las enfermedades de la mente la filosofía dispone de remedios; por esta razón se la considera, con toda justeza, la medicina de la mente", mientras que para Aristóteles "a diferencia de otros estudios, el que ahora nos ocupa no tiene una intención puramente teórica; pues el objeto de nuestra investigación no es

⁴⁰ HORKHEIMER, Max, *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974, pp. 272-282.

⁴¹ HEGEL, G., *Carta a Niethammer, El joven Hegel*, Barcelona, Grijalbo, 1976, p. 489.

⁴² Ver su contribución al 1^{er} número de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante.

saber qué es la virtud, sino cómo ser buenos, y éste es el único provecho que sacaremos. Por consiguiente, debemos estudiar la forma correcta de obrar". Para Kant, cuando la teoría no tiene efectos sobre la práctica, el problema parte de insuficiencias internas dentro de la misma teoría. Con Thoreau, "Ser filósofo no consiste en la mera formulación de pensamientos sutiles, ni siquiera en fundar una escuela. Consiste en resolver algunos de los problemas de la vida, no en el ámbito teórico, sino en el práctico". Y de nuevo con Horkheimer, "el desprecio por la teoría es el inicio del cinismo en la práctica", y finalizando en este sentido con Habermas,⁴³ a quien también le resulta ineludible reivindicar la concepción en virtud de la cual

El horror a la especulación, el ostensible abandono de lo teórico por lo meramente práctico produce necesariamente en el obrar la misma banalidad que en el saber. El estudio de una filosofía rigurosamente teórica nos familiariza del modo más inmediato con ideas, y solamente las ideas prestan al obrar impronta y significado moral.

No debe perderse de vista que la tarea original de la Filosofía del Derecho es, además de lo señalado, dar respuestas hoy a los interrogantes que históricamente se le han planteado a la filosofía jurídica: las preguntas sobre la diferencia entre el derecho y la injusticia, sobre las condiciones de una sociedad bien ordenada, sobre la paz duradera, sobre cuál es la medida de la justicia que nos es posible realizar. A la larga, advierte Kaufmann, no podemos tolerar una Filosofía del Derecho que trate casi exclusivamente de problemas formales o que se agote en metateorías. Debe reiterarse que cultivar la Filosofía del Derecho debe significar hoy más que nunca asumir responsabilidades frente al hombre y su mundo.⁴⁴

V

Decíamos que, además del cambio de perspectiva en la enseñanza de la Filosofía del Derecho y de la integración de materias con contenido teórico, debe fortalecerse la transversalización de la Filosofía del Derecho y las asignaturas teóricas en las materias jurídicas básicas. Encuentro

⁴³ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, Madrid, Taurus, 1986.

⁴⁴ KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998.

dos razones para sustentar lo anterior, una positiva y otra negativa, respectivamente: (i) las teorías iusfilosóficas y constitucionales trascienden la –muchas veces incómoda– abstracción propia de la reflexión filosófica, a partir de una creativa problematización de sus tesis centrales al interior de los cursos de Derecho legislado. La segunda razón (ii) es que durante el lustro que duran los estudios de pregrado, los estudiantes deben aprobar demasiados cursos obligatorios como para que se les endilguen nuevas responsabilidades respecto a la aprobación de asignaturas sobre filosofía jurídica y política, por ejemplo. Paso a desarrollarlas.

(i) Para el estudiante resulta más útil y fructífero que los asuntos filosóficos (a nivel jurídico, político y moral) sean abordados también dentro de sus estudios propiamente jurídicos, pues, por ejemplo, el concepto de responsabilidad, a nivel penal y civil, suscita al momento de su aplicación dificultades que muchas veces es sólo la reflexión teórica la que permite sortearlas. La “justiciabilidad” de los derechos de libertad en determinados casos problemáticos, y particularmente de los derechos sociales, ha enderezado profundas discusiones que han sido abordadas por filósofos como Rawls, Habermas, Alexy y Dworkin, sobre las que, si bien se está muy lejos de encontrar un acuerdo teórico unánime, las ideas que han presentado en sustento de sus tesis pueden ser de ayuda esencial en momentos puntuales. Asimismo, en el Derecho Civil resultaría de la mayor importancia el estudio de Savigny o Von Ihering, así como en el Derecho Penal lo sería el análisis del trabajo que Hart escribió en la materia,⁴⁵ y las influyentes escuelas iusteóricas garantista (L. Ferrajoli), finalista (H. Welzel), funcionalista moderada (C. Roxin), funcionalista radical (G. Jakobs) y causalista (F. V. Liszt).

Para acudir a otros ejemplos posibles, los cursos de Derecho Constitucional propician el desarrollo de un espacio especialmente productivo y estimulante para que el estudiante analice las perspectivas históricas y políticas sobre las teorías contemporáneas de la justicia y las concepciones de la democracia, así como los recientes (y complejos) progresos teóricos en torno a los derechos fundamentales: su estructura de principios en la Constitución y su aplicación mediante la ponderación, así como el discutido carácter racional de este criterio metodológico para la

⁴⁵ HART, Herbert L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

solución de los conflictos entre las provisiones que consagran los derechos fundamentales (considerando que no son absolutos) cuando se enfrenten en un caso concreto.

Precisamente son de profundo contenido teórico los factores que deben considerarse en una ponderación, la cual le exige al juez, en cada caso concreto donde se enfrentan dos derechos fundamentales, que encuentre las razones jurídicas y los argumentos, también de tipo social, cultural y político, que sustenten y justifiquen, tanto la adopción y respaldo a un derecho fundamental determinado, como la proporcionalidad (y, de esta forma, la permisión constitucional) de la violación del otro derecho fundamental en discusión.⁴⁶ Igual contenido teórico tienen los diversos roles que se le otorguen, en la labor interpretativa, a las ideas de libertad, igualdad y justicia social, las cuales han ocupado a filósofos morales y políticos desde hace siglos.

Las discusiones que suscitan los cambios que ha traído consigo el neoconstitucionalismo, ineludiblemente tienen que atraer la atención del profesor hacia filósofos del derecho, o teóricos de amplia circulación transnacional y marcado interés en los países de habla hispana,⁴⁷ pero

⁴⁶ Como sucede, por ejemplo, en el caso de la violación del derecho a la libertad de cultos frente al derecho a la vida de un niño cuyos padres, alegando creencias religiosas, impiden que se le realice una transfusión de sangre. Ver ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Sobre el derecho a la libertad de prensa a este respecto, consúltese UPRIMNY, Rodrigo y Catalina BOTERO, *Libertad de prensa y derechos fundamentales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-DeJuSticia, 2006. Para una de las más interesantes y decantadas (si no la más) discusiones sobre la ponderación, así como otras tesis del neoconstitucionalismo -particularmente la interpretación extensiva de la Constitución y el carácter garantizado de ésta- véase el enfrentamiento entre Luis Prieto Sanchís y Juan Antonio García, en el cual interviene sugestivamente Carlos Bernal, incluido como tercer capítulo de: CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁴⁷ De ahí el hecho de que obras escritas en inglés y alemán sean traducidas al castellano de manera expedita y citadas en trabajos académicos y sentencias de altas Cortes. Por ejemplo HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (vers. orig. de 1961, trad. de Genaro Carrió); "Postscriptum", en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997 (vers. orig. de 1994, trad. de Magdalena Holguín); DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007 (vers. orig. de 2006, trad. de Marisa Iglesias e Iñigo Ortiz); ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993 (vers. orig. de 1985, trad. de Ernesto

también de autores bien conocidos (vivos y en plena producción) como Rodolfo Arango, Roberto Gargarella, Luis Prieto Sanchís, Miguel Carbonell, Diego López Medina, Carlos Bernal Pulido, Rodolfo Vásquez, Josep Aguiló, Víctor Ferreres y Mauricio García Villegas, entre otros, cuyas preocupaciones académicas recientes han girado en torno a tales cuestiones.

Asimismo, en el Derecho económico se suscitan enconadas discusiones en relación con la problemática conexas al modelo económico y a la cada vez mayor distancia entre ricos y pobres. Los problemas de la justicia social ligados a la planeación y distribución de recursos y al deber de asistencia estatal hacia los pobres y desfavorecidos en términos de la garantía a su mínimo vital, así como los problemas ocasionados por la globalización y el libre mercado, han sido analizados detalladamente por teóricos del derecho como Sunstein⁴⁸ y Arango,⁴⁹ así como por toda la filosofía política contemporánea a partir, fundamentalmente, de Rawls.⁵⁰ Cuestiones tan relevantes al interior del Derecho económico como las re-

Garzón Valdez; hay una segunda trad. con estudio Introdutorio, de Carlos Bernal Pulido, 2007); KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, op. cit., 1999 (vers. orig. de 1997, trad. de Luis Villar Borda); ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997 (vers. orig. de 1980, trad. de Magdalena Holguín). Como ejemplos sirven también la gran mayoría de la veintena de títulos publicados por la Serie *Nuevo Pensamiento Jurídico* de la Universidad de los Andes, ya que corresponden a traducciones tempranas de artículos sobre diversas materias.

⁴⁸ SUNSTEIN, Cass, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, 1997.

⁴⁹ ARANGO, Rodolfo, "Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy", en *Ratio Juris*, vol. 16, nro. 2, 2003; "Filosofía política y desarrollo", en *Estudios de filosofía política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad Nacional, 2004; *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

⁵⁰ Podría sintetizarse en una idea fundamental la concepción de la justicia de Rawls para ilustrar este punto: las oportunidades de cada persona para llevar una buena vida están determinadas por circunstancias sobre las que no tiene forma de interferir (su lugar en la estructura política, social y económica, su género y raza), y nadie merece ser recompensado ni castigado de bienes u oportunidades como resultado de las mismas. El criterio de justicia rawlsiano parte de un estándar igualitario de justicia social respecto a los intereses de todos los ciudadanos y no sólo de aquellos con poder económico. De esta forma se tiende a nivelar la posición de los menos favorecidos en la sociedad, garantizándoles el respeto a sus derechos fundamentales y al acceso a oportunidades.

lacionadas con la justicia económica y la pobreza global, han merecido la atención cuidadosa de filósofos como Henry Shue, Onora O'Neill, Amartya Sen y Thomas Pogge,⁵¹ quienes igualmente han propuesto estrategias a nivel jurídico, político y económico para contribuir a una mayor justicia social a partir de un renovado modelo socioeconómico global.

Los cursos jurídicos son un lugar idóneo también para analizar las reformas que se han propuesto para erradicar la pobreza y evitar así las millones de muertes que causa, considerando y valorando, por ejemplo, el régimen jurídico actual de las patentes sobre los nuevos medicamentos,⁵² así como la responsabilidad y los deberes de los países ricos hacia los pobres por las condiciones que padecen.⁵³ Acerca de esto, Pogge ha desarrollado varias investigaciones en torno a la economía farmacéutica y a la justicia en el cuidado de la salud, las cuales involucran, muchas veces de forma dramática, el dolor de la vida humana con el interés investigativo y comercial, pues con el ánimo de enriquecerse aprovechando el poder que otorga la innovación farmacéutica, los medicamentos esenciales son inasequibles al punto de que ocasionan que una de cada tres muertes prematuras en el mundo lo sea por causas relacionadas

⁵¹ SHUE, Henry, *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1980; "Solidarity among Strangers and the Right to Food", en *World Hunger and Morality*, Prentice Hall, 1996; O'NEILL, Onora, "Transnational Justice", en *Political Theory Today*, Oxford, Basic Blackwell, 1991; SEN, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Serie de Estudios de Filosofía y Derecho, nro. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; *et al.* (eds.), *Public Health, Ethics, and Equity*, Oxford, Clarendon Press, 2004; POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005; *Haciendo justicia a la humanidad* (próximo a publicarse).

⁵² Tal régimen es gravemente injusto, por lo que debe modificarse de manera tal que, propone Pogge, el desarrollo de cualquier nueva droga esencial sea recompensado a partir, no del monopolio por la producción de las medicinas, sino en proporción a su impacto sobre el conjunto global de las enfermedades. Tal reforma desplomaría el alto costo de los medicamentos y los aproximaría a sus costos de producción, estimularía igualmente la investigación farmacéutica en el campo de las enfermedades que se concentran entre los pobres, las cuales actualmente no reciben la misma atención que otras investigaciones. Para Pogge, las reformas institucionales deben articularse con reformas globales a los sistemas de salud, las cuales harían el conocimiento médico disponible de manera gratuita como un bien público global.

⁵³ POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, op. cit.; POGGE, Thomas y Christian BARRY (eds.), *Global Institutions and Responsibilities: Achieving Global Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 2005.

con la pobreza.⁵⁴ Resulta al respecto alarmante saber que es mayor la inversión en las investigaciones para prevenir la caída del cabello que en aquellas para curar las enfermedades que ocasionan la mayoría de las muertes en los países del Tercer Mundo.

(ii) De otra parte, los profesores, teniendo en cuenta lo atestados que actualmente están los planes de estudio (en muchas universidades los estudiantes deben aprobar entre 9 y 12 materias semestralmente), podrían argumentar en contra de la demanda por incrementar el número de cursos introductorios y avanzados en filosofía jurídica y política, con poco riesgo de desacierto, que ya hay más que suficientes cursos para estudiarse en los cinco años del pregrado. Por esta razón, el estudiante interesado por buscar espacios de interdisciplinariedad, sólo se sentirá capaz de aprovechar nuevos cursos sobre filosofía a riesgo de reprobación o tener que aplazar alguna otra de las materias de la formación básica jurídica que debe cursar como prerrequisitos que le permitirán avanzar hacia la licenciatura.

El fortalecimiento de la integración de la Filosofía del Derecho en las materias jurídicas básicas resulta entonces una forma más apropiada para que el estudiante de Derecho (no de filosofía) le encuentre valiosos entronques empíricos a las teorías y a las ideas de autores canónicos, pues de la otra forma (aislada exclusivamente como otra de las materias de Derecho no legislado que debe aprobar para graduarse), la Filosofía del Derecho, y en particular las teorías de los autores más notables, no le resultará necesario ni importante invocarla en la solución de un problema jurídico concreto; tampoco contará con herramientas para valorar en su real dimensión las destrezas que mediante el estudio de las teorías jurídicas y políticas desarrolla en su aprendizaje general.

La necesidad de integración, que Alexy denomina “vinculación con una especialidad dogmática”,⁵⁵ permite que las cuestiones filosóficas y políticas sean consideradas en las aulas, tanto en sus propios entornos abstractos, como también en contextos reales y ciertos. Tales estudios teóricos dentro de los temas y problemas jurídicos concretos desarrollan

⁵⁴ POGGE, Thomas, “Human Rights and Global Health: A Research Program”, en *Metaphilosophy*, vol. 36, nros. 1-2, 2005; “Harnessing the Power of Pharmaceutical Innovation”, en *The Power of Pills: Social, Ethical and Legal Issues in Drug Development, Marketing, and Pricing*, London, Pluto Press, 2006.

⁵⁵ “Manuel Atienza entrevista a Robert Alexy”, op. cit., p. 681.

en el estudiante, bien entre otras, sensibilidades y habilidades que no puede adquirir (por circunstancias de tiempo y diseño curricular) si se reservan ciertos asuntos a la cátedra de Filosofía del Derecho aduciendo que han sido preocupaciones exclusivas de los filósofos del derecho.

De manera un tanto controversial Dworkin afirma al respecto, no sólo que el estudio de la filosofía política⁵⁶ y moral debe incluirse, o fortalecerse, en los planes de estudio, sino que las facultades de Derecho son incluso un lugar más apropiado para realizar tales estudios que cualquier otra facultad en las universidades, incluyendo las de filosofía.⁵⁷ La razón para fundamentarlo es que en los contextos jurídicos se comprenden particularmente bien las verdaderas implicaciones de diferentes principios morales y políticos.

Así, la asignatura propiamente de Filosofía del Derecho no estará sobrecargada con todos los asuntos teóricos que se dejan de estudiar en las materias de Derecho legislado, y podrá mantenerse como una oportunidad para profundizar ciertos temas y problemas, y para ahondar en algún segmento de la ya absolutamente inabarcable literatura iusfilosófica, lo cual debe engendrar y estimular un mutuo provecho entre los profesores abogados y los profesores filósofos.

Pero cuando nos referimos en este ensayo a estudios teóricos o a textos propios de la iusfilosofía, no nos estamos concentrando “exclusivamente” en ellos. Martha Nussbaum ha indicado persuasivamente la necesidad de que los abogados se familiaricen con la lectura de literatura novelesca en la medida en que desarrolla en quien debe aplicar el derecho la capacidad de conmiseración tan importante en el proceso –muchas veces dramático– de decidir de manera justa.⁵⁸ El polémico pero sugestivo

⁵⁶ Sobre la importancia de la filosofía política al interior del estudio y la interpretación jurídicas, resulta un tanto sorprendente que Dworkin sostenga que “la teoría jurídica es un compartimiento que hace parte de la filosofía política”. DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, op. cit., p. 204. La teoría filosófico-política de Dworkin, enmarcada de manera explícita en la tradición liberal, ciertamente no ha recibido toda la atención que ha merecido su teoría jurídica, sobre lo que puede consultarse el estudio de SANTOS, María Lourdes, *Liberalismo e igualdad: una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, op. cit. Énfasis añadido.

⁵⁸ NUSSBAUM, Martha, *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.

modelo de enseñanza del derecho que propone, sustenta la prevalencia de la literatura y la filosofía sobre la lógica. En los jueces, particularmente, resulta esencial el sentimiento de conmiseración que, si no lo traen arraigado desde la formación familiar, difícilmente lo van a desarrollar gracias a la formación adquirida en las aulas formalistas o conforme a otros modelos dominantes como el análisis económico del Derecho. De la objeción que Nussbaum endereza a la perspectiva de la justicia de esta escuela, representada como se sabe por Richard Posner, se deriva también una crítica al modelo de enseñanza en la medida en que un esquema pedagógico dominado por una racionalidad instrumental y por criterios de eficacia como valores dominantes,⁵⁹ deja de lado elementos esenciales en el proceso de toma de decisiones prácticas.

Robin West, reconocida defensora de una teoría feminista moderada del derecho,⁶⁰ coincide en señalar esta necesidad de ilustración literaria por parte de los juristas. En sus palabras, "La literatura nos ayuda a comprender a los demás, a compadecernos de su dolor, a compartir su pena y su alegría. Nos permite actuar con ética y ser mejores personas".⁶¹

VI

Muy a pesar de la preeminencia cultural que en Occidente tiene cualquier cosa que tenga la palabra "filosofía", la influencia de la Filosofía del Derecho será cada vez más marginal si no se asume en fructífero diálogo con el derecho dogmático y con las otras materias de índole práctica que no por ello pueden estar desprovistas de reflexión y crítica.

Pero hay que decir con justicia que si bien el estado actual de la enseñanza del derecho (y fundamentalmente la orientación de la filosofía jurídica) no es muy alentador, el panorama general tampoco es del todo desolador. Las facultades que habían estado tradicionalmente relegadas a los procesos de cambio y renovación liderados por elites jurídicas y

⁵⁹ NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.

⁶⁰ "Moderada" en contraste con la de Catharine McKinnon, por ejemplo, en su *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1995. De WEST puede consultarse su libro, *Género y teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000.

⁶¹ WEST, Robin, "Economic Man and Literary Woman: One Contrast", en *Mercer. L. Rev.*, nro. 39, 1988, p. 878.

centros de producción capitalinos, están en un proceso paulatino pero firme de fortalecimiento de sus procesos académicos. Empiezan a contar entre su cuerpo docente con filósofos profesionales o abogados con posgrados en filosofía y en áreas teóricas como la sociología y el constitucionalismo, e igualmente han renovado sus planes curriculares complementándolos con nuevas materias,⁶² o integrando –mucho más de lo que solían estar– los cursos estrictamente jurídicos con algunas de las principales teorías en el ámbito de la filosofía política y jurídica.

Progresivamente se deshace dentro de la mentalidad tradicional la excesiva confianza en la ley y en el rol eminentemente mecánico de la aplicación del derecho, para darle paso a una sensibilidad que reconoce, con cada vez mayor fortaleza, la crisis del sacrosanto principio de legalidad en pro de la supremacía constitucional en la efectiva garantía de justicia material en las decisiones judiciales. Se ha reservado un espacio importante para que los estudiantes, conforme a sus particulares gustos e inclinaciones, escojan con libertad entre cualquier materia ofrecida en los demás programas académicos de la universidad; es permanente la exigencia a los profesores para que se integren en los proyectos de investigación, así como para que presenten sus ensayos ante las (también nacientes) publicaciones especializadas donde, en la mayoría de los casos, se ha asumido con rigurosidad la tarea de difundir los trabajos académicos en el cada vez más competitivo mercado de las revistas científicas.⁶³ En Colombia esto se revela en el hecho de que es cada vez mayor el número de revistas jurídicas sometidas a los estándares de calidad científica y editorial establecidos por el sistema de indexación ante Colciencias.

Si bien con una calidad bastante desigual, efectivamente se va asistiendo a una paulatina implementación, tanto de materias interdisciplinarias, como de los contenidos que fortalecen la comprensión interdisciplinaria

⁶² Tales como, por ejemplo, sociología jurídica, hermenéutica constitucional, epistemología de las ciencias sociales, filosofía política, metodología de la investigación, lógica jurídica o (preferiblemente) teoría de la argumentación jurídica, así como con sus principales antecedentes: la tópica jurídica de Viehweg, la neo-retórica de Perelman y la hermenéutica de Gadamer.

⁶³ Un amplio reporte de las principales revistas jurídicas colombianas se encuentra en los últimos números de la Revista *Dikaion*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, Bogotá.

de las materias de Derecho codificado. Materias nuevas o renovadas concebidas como ejes estructurales al derecho sustantivo y práctico, tienen como premisa de acción un sistema educativo que se ocupa, más que de la “información” de leyes y procedimientos, de la “formación” en habilidades con un alto sentido ético, y que no sucumbe ante una educación absorta y enfrascada en el repaso de información jurídica.

A los reaccionarios profesores y doctrinantes inconformes con propuestas de renovación pedagógica, pero a la vez incapaces de elaborar modelos alternativos de enseñanza –inclusive respecto a sus propias cátedras–, debe insistírseles en que no resultan excluyentes las diversas iniciativas y exhortaciones que surgen directa o indirectamente desde todos los niveles que comporta el neoconstitucionalismo, y puntualmente la constitucionalización del sistema jurídico (o la irradiación constitucional, como la ha denominado Alexy), en procura de modificar la enseñanza tradicional o “clásica” del derecho para que responda a las necesidades contemporáneas de la práctica jurídica. Mucho tendrían para aprender los unos y los otros (los profesores antiguos y los nuevos) si se entabla y afianza un diálogo que esté librado de las rencillas disciplinares –producto muchas veces de la distancia generacional– y en el cual se comprenda que “lo que llega” resulta complementario de “lo que hay”. De este mutuo aprendizaje resultaría beneficiada la enseñanza del derecho como tal y, en últimas, los estudiantes de Derecho que se formarán desde el conocimiento de las normas y los procedimientos para aplicarlas, hacia el desarrollo de habilidades y destrezas esenciales para la consecución de los altos cometidos de la práctica jurídica y, en general, de la sociedad cuyo medio de evolución se enmarca precisamente en las normas jurídicas.

La situación actual de la Filosofía del Derecho podría estar mejor. Aunque, sin incurrir en generalizaciones absurdas, es bastante extendido el acuerdo (entre profesores y directivos, pero también se escucha algo al respecto entre litigantes, jueces y magistrados) en torno a la necesidad de que la enseñanza tradicional del derecho se modifique mediante la articulación con mayor poder (Dworkin dice “sostitución”) en el diseño curricular general, fortaleciendo así en el estudiante las destrezas que adquiere, tanto del estudio riguroso y sistemático de la Filosofía del Derecho propiamente, como del abordaje filosófico de la problemática

jurídica que tradicionalmente sólo es analizada dentro de los estrechos marcos de los códigos y las leyes.

Las destrezas que el estudiante está en capacidad de desarrollar mediante el estudio integrado de la Filosofía del Derecho no son, como pudiera pensarse en un primer momento, teóricas, sino, por el contrario, prácticas, pues cuestiones como las observadas a las que muchos filósofos les dedicaron sus vidas, no raramente se presentan en la médula de la problemática jurídica más práctica y mundana.

La Filosofía del Derecho tiene que acercarse a la vida concreta del Derecho si quiere vencer la batalla contra la indiferencia de los estudiantes que, paradójicamente, se enfrentan muchas veces con un escenario de profunda aridez intelectual por cuenta de los profesores (iusfilosofastros), que se muestran tradicionalmente hostiles a la integración de la reflexión teórica sobre el Derecho en los diversos aspectos de la práctica jurídica, que admiten, y requieren, un grado de abstracción para su correcta valoración y resolución.

VII

Respecto a este último punto, concluyo con la justificación de la expresión con la cual he intitulado este ensayo.

En Gordion, actual península de Anatolia, existió siglos atrás un campesino que tenía atados sus bueyes al yugo con unas cuerdas anudadas de modo imposible de desatar. Según narraba la leyenda, quien consiguiera desatar el nudo conquistaría el Oriente. En el año 333 a. C. Alejandro Magno, cortando violentamente con su espada el nudo, desató las cuerdas y efectivamente se convirtió en el conquistador de Oriente. La tormenta con rayos que azotó esa noche el lugar simbolizaba, según Alejandro, que Zeus estaba de acuerdo con la solución, por lo que se cuenta que expresó: “Es lo mismo cortarlo que desatarlo”.

Por alusión a esta historia se recurre a tal expresión para referirse a una cuestión de tan difícil solución o desenlace que no se puede resolver pretendiendo deshacerla, sino que es preciso romperla, es decir, se tiene que solucionar acudiendo a medios, digamos, drásticos y eficaces. Metafóricamente hablando: cortando el nudo es como se logra

desenredar un sempiterno problema y, de esta forma, considerar las mejores posibilidades para solucionarlo.

Aplicado aquí a la difícil cuestión de la pedagogía jurídica, encontramos numerosos nudos gordianos que a lo largo del tiempo han unido métodos, concepciones y prioridades de enseñanza, así como estrategias pedagógicas, que se han enquistado y complejizado de tal forma que no permiten el desarrollo de la profesión a partir del influjo de discursos alternos y de las nuevas tendencias pedagógicas transnacionales, así como de las propias exigencias que surgen a partir de un mundo en permanente y acelerada evolución. En períodos y contextos diversos tales nudos se han atado y tensionado en diferentes medios universitarios de muchas latitudes cuya solución no es que requiera el recurso a espadas –a métodos violentos– pero sí exhorta a la toma de medidas expeditas y eficaces (o “revolucionarias” en sentido kuhniiano) a pesar de las presiones y reservas que deben enfrentar los cambios por parte de iusfilosofastros y burócratas que, “como los bueyes del campesino”, mantienen tensionados los nudos de modo imposible de desatar.

La actividad iusfilosófica es autorreflexión sobre el propio conocimiento del derecho y de todo el fenómeno de lo jurídico, partiendo del conocimiento de la dogmática y el Derecho sustantivo. El diálogo y el sano debate de las ideas que propicia la Filosofía del Derecho en las aulas debe ser el valor fundamental en la didáctica jurídica contemporánea y es uno de los mejores antidotos contra los dogmatismos autoritarios y el eclecticismo entorpecedor que no permite la evolución del Derecho en las facultades, las cuales deben comprometerse con el fortalecimiento del debate público y democrático en los salones y entre los profesores, abrirse cada vez más hacia posiciones dialógicas, hacia los problemas de la interpretación, la fundamentación teórica y el desarrollo de destrezas jurídicas como las otorgadas por la labor iusfilosófica.

La preeminencia del derecho como la herramienta de resolución de los conflictos en la sociedad contemporánea, sólo podrá reclamarse si se instituye adecuadamente el debate crítico en la enseñanza del derecho por medio de una Filosofía del Derecho renovada y, en general, del fortalecimiento y la renovación de las materias que están llamadas a desempeñar un rol trascendental dentro de los mecanismos eficaces que permitan articular el diálogo fructífero del derecho con las demás dis-

ciplinas, superando así el monólogo dogmático que caracteriza la enseñanza del Derecho en muchas “academias” jurídicas.

La Filosofía del Derecho debe fortalecerse ella misma como disciplina académica al, por ejemplo, actualizar los debates y abordarlos con rigor teórico y analítico, pero fundamentalmente debe integrarse de manera transversal en las materias de Derecho dogmático, pues desafortunadamente la Filosofía del Derecho cada vez tiende a ser más débil de la mano de la profesionalización y el desmedido enfoque en la técnica legal; pero justamente aquí –por la marcada influencia del formalismo y la exégesis en la enseñanza– es donde su integración en los programas es un ingrediente muy importante e ineludible, pues le proporcionan al estudiante una dosis fundamental de rigurosidad, capacidad de estudio y lectura, elaboración de provisionales síntesis interpretativas, y, en general, el desarrollo de competencias que no adquiere sólo estudiando el Derecho positivo, por cuya exclusividad en la enseñanza se termina con una perspectiva reducida sobre la capacidad del derecho para resolver los grandes problemas nacionales. Como puso de presente Carlos Gaviria en una conferencia en la Universidad de Caldas (Manizales, Col.): “En las facultades hay que enseñar también que el Derecho no sirve únicamente para que se diriman litigios menores, sino que el Derecho es un instrumento esencial para la solución de conflictos mayores, como el que vive Colombia actualmente”.

Con su rigor de análisis y su conocimiento de la tradición, la Filosofía del Derecho debe hacer oír su voz participando en el debate contemporáneo, mediante el cuestionamiento y entendimiento de las ideas y de los conceptos más comunes que con frecuencia utilizamos en el discurso jurídico de manera deliberada o irreflexiva, deteniéndose sobre las respuestas obtenidas y reevaluándolas, depurando los argumentos y precisando los términos para que se logren el entendimiento y la claridad dialécticas.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto, “La plenitud del orden jurídico y la interpretación”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nro. 21, México D. F., ITAM, octubre de 2004.

- BÖHMER, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- BONILLA, Daniel, "Las clínicas de derecho de interés público", ponencia inédita presentada en el Seminario Internacional *Nuevas tendencias en la enseñanza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 25 de enero de 2005.
- BOURDIEU, Pierre y Günther TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000.
- CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, Madrid, Trotta, 2001.
- CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2006.
- COOPER, Byron, "The Integration of Theory, Doctrine, and Practice in Legal Education", en *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, nro. 1, 2001.
- COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Mass., Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- "Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?". Conferencia *New York Council for the Humanities*, 11 de octubre de 2000. Vers. cast. de Leonardo GARCÍA J., "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en *Estudios de Derecho*, nro. 144, Año LXIV, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, julio-diciembre de 2007.
- EWALD, William, "Comparative Jurisprudence (I) What was it like to try a rat?", en *Pennsylvania Law Review*, nro. 143, 1994.
- FARELL, Martín D., "¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?", en *Doxa*, nro. 21, Alicante, 1998.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México D. F., UNAM, Porrúa, 2002.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Algunas consideraciones sobre la Filosofía del Derecho y su posible sentido actual", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1990.
- HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of the Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 71, nro. 4, 1958.
- *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994.

UN NUDO GORDIANO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998.
- KENNEDY, Duncan, “Legal Education as Training for Hierarchy”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, Basic Books, 1998.
- “The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum”, en *Seton Hall Law Review*, nro. 14, 1983.
- LAPORTA, Francisco (comp.), *La enseñanza del derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2002.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- LYON LEVINE, Martin (ed.), *Legal Education*, Aldershot, Dartmouth, 1993.
- MONTOYA, Juny, *Historical Debates in U. S. Legal Education*, Serie Documentos de Investigación, nro. 13, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2004.
- NORTHROP, Filmer S. C., *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the method of normative subjects*, Boston, Little Brown, 1959.
- NUSSBAUM, Martha, *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.
- VV. AA., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, SELA, 2003.
- WEST, Robin, “Economic Man and Literary Woman: One Contrast”, en *Mercer. L. Rev.*, nro. 39, 1988.
- WITKER, Jorge (comp.), *Lineamientos metodológicos y técnicos para el aprendizaje del Derecho*, México D. F., Porrúa, 1987.
- *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México D. F., UNAM, 1995.